

زاد القاضي والمفتي في القواعد الفقهية والضوابط الأصولية

الدكتور أبو بكر لشهب

جامعة وهران

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين...وبعد.

إن الشريعة الإسلامية تقوم على معالم ثلاثة: **- نصوص - معان - قواعد (جوامع وضوابط)**

والذي يعنينا في هذا البحث القواعد... أما التي تمثل الضوابط منها القواعد الأصولية، والجوامع هي تلك المشتملة على أسرار وحكم، ولكل واحدة منها ما لا يحصى من الفروع وهي المعروفة بالقواعد الفقهية. واقتداء بأهل العلم نبدأ بالتعريف.

القاعدة:

تجمع على قواعد، وهي أساس الشيء وأصله، فقواعد الإسلام دعائمه، وقواعد البيت دعائمه وأساسه قال تعال **"وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل"[1].كما تطلق على الأصل والقانون.**

ويعرفها أهل الاختصاص بتعاريف وأن اختلف في مبانيها فإنها تتحد في معنى واحد: أنها أمر كلي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه[2].

وذهب بعضهم إلى القول بأنها ترادف الأصل والقانون[1] فتكون حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه، عن طريق القياس بجامع الشبه بين جميع الجزئيات. فهي

1- سورة البقرة الآية 127.

2- الجرجاني. التعريفات الفقهية ط1 دار العلم 1986 ص 40. =

أحكام أكثرية لا كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في حوادث عامة تدخل تحت موضوعها[2] فهي إذن: حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته.

ونظرا لوجود شيء من التداخل بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية، من جهة، وبينها وما يشبهها من الضوابط والنظريات الفقهية... فإنه لابد من التوضيح.

القواعد الفقهية، والنظريات الفقهية:

انطلاقا مما سبق في تعريف القواعد الفقهية يتبين أها مجموعة من الأحكام الفرعية (الفقهية) مصاغة في عبارة وجيزة، أما النظريات الفقهية فإنها مفاهيم كلية تضم موضوعات متشابهة في الأركان والشروط والأحكام العامة. فنظريات الإثبات مثلا تتألف من حقيقة الإثبات، والشهادة وشروط وكيفيات الشهادة ثم الرجوع فيها، ومسؤولية الشاهد والأقرار والقرائن والخبرة... إلخ ودراسة مجموع العناصر المشكلة للعقد، أو الملكية تسمى نظرية في ذاك الباب.

فالقواعد الفقهية غير النظريات الفقهية وأن اشتركا في الموضوع، الأمر الذي جعل بعض الباحثين يعبرون بما يفيد التداخل بل قد يفهم من كلامهم أنه لا فرق. أو أن القواعد نظريات أو النظريات قواعد.! من مثل قولهم: وهذه النظريات هي القواعد.

والحقيقة أن النظريات تمتاز باتساعها في القاعدة الفقهية تمثل أصل فقهي وجامع لتخريج الفروع، وتحمل حلها في ذاتها بخلاف النظرية فإنها لا تحمل حكمها في ذاتها وأنها تحمل معنى عام يمكن إدراج جميع عناصر ذلك الموضوع تحته.

***القاعدة والضابط في الفقه**

تستعمل القاعدة بمعنى الضابط والعكس إلا أن الذي يدقق في المسألة نجد وان القاعدة الفعلية من ميزاتها وأنها لا تختصر بباب أو أبواب معينة من الفقه[3] أما الضابط فمختصر على

= 1- التهاوني في كشاف اصطلاحات الفنون ج5 ص 1176 والتلويح والتوضيح 20/1.
2- مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام 936/2.
3- ينظر في هذا المعنى التهاوني كشاف اصطلاحات الفنون 1177/5 ومصطفى الزرقاء في المدخل.

باب واحد، واعتبر الإمام السيوطي الضابط يجمع فروع باب واحد أما القـــاعدة فتجمـــع الفروع من أبواب شتى[1].

ومن جهة أخرى فإن القاعدة في الغالب متفق عليها، أما الضابط فـــهو عـــادة يختـــص بمذهب معين. ولهذا نجد القواعد الفقهية لا تنسب عادة إلى مذهب ولا يعرف لهـــا ســـند متصل كما لا يعرف لها مخالف، أما الضوابط فلا تعرف إلا منسوبة إلى مذهب معـــين، ولا اتفاق عليها.

* القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية:

ذكر الإمام القرافي أن أصول الشريعة قسمان أحدهما أصول الفقـــه، والثـــاني القواعـــد الفقهية الكلية[2] ثم أشار إلى أنها ـــ هذه الأخيرة ـــ جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشـــتملة على أسرار الشرع وحكمه وأن لكل قاعدة من الفروع ما لا يحصى، إلا انه لم يذكر منـــها شيئا في الأصول الفقه إلا على سبيل الإجمال.

وحتى لا يلتبس الأمر بين أصول الفقه والقواعد الفقهية[3] اختصارا.

- فإن القاعدة الأصولية تمثل المعيار والمنهاج الذي يسير عليه الفقيه في استخراج الأحكام الشرعية من أدلتها إذا أحسن استعمالها والاستفادة منها تعصمه من الوقوع في الخطأ في حين القواعد الفقهية لا تعدو عن كونها صياغة دقيقة وموجزة لمجموعة من الأحكام المتشابهة الـــتي ترجع إلى قياس واحد يجمعها...وبهذا تكون ثمرة للأحكام الفقهية الجزئيـــة الهـــدف منـــها تقريب المسائل وتسهيلها للفقيه والمتعلم والمفتي والقاضي على حد سواء.

أما القواعد الأصولية فخاصة بالمجتهد يستعملها عند استنباط الأحكام ومعرفـــة حكـــم الوقائع المستجدة والتي احتفت بقرائن مؤثرة ومعتبرة شرعا ولو مع وجود النص.

1- الأشباه والنظائر الفن الثاني وأيضا القواعد الفقهية للزرقاء ص 46 و47.

2- الفروق 1 / 2 و3.

3- المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أصول الفقه ص 7. وتقي الحكيم في الأصول العامة للفقه المقـــارن ص 43.

-كما أم موضوع القواعد الأصولية هو الدليل الشرعي الكلي أولا ثم الأحكـــام، أمـــا القواعد الفقهية فموضوعها أفعال المكلفين أولا ثم الفروع الفقهية.

- فالقاعدة الأصولية تثمر حكما كليا، في حين القاعدة الفقهية تنتج حكما جزئيا متصل مباشرة بعمل المكلف.

- كما أن القواعد الأصولية كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها، أما القواعـــد الفقهية الكلية يكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات، ولها استثناءات يعبر عليـــها عـــادة بالقواعد الفرعية.

واستنتاج ومناعة القاعدة الفقهية متوقف على قواعد أصولية، ولا علاقة للقاعدة الفقهيـة بوضع القواعد الأصولية لأنها تابعة لها.

- مرد أغلب القواعد الأصولية إلى اللغة العربية ودلالات ألفاضها[1] والقواعد الفقهيـــة لا تنشأ إلا من فروع فقهية.

وبهذا يتضح أن وجود القواعد الأصولية سابقة للفروع والتي هي ثمرة لها[2] لأنها كاشـــفة للفروع والقاعدة الفقهية متأخرة ولا تكون إلا بعد استقراء تام في الجزئيات.

كما تتميز القواعد الفقهية بالدقة في العبارة والإيجاز فيها، مع مراعاة العلة الموحدة بـــين الفروع المكونة لها.

- معظم القواعد الأصولية قادمة لحكمة ومقصد، من يحكم ومقاصد الشريعة، في الوقت ذاته تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفاظ الشارع.

- هذه المجموعة من المسائل والفروق... تمثل زادا للمفتي والقاضي.

ولعله الآن من المقيد ــ وإقتداء بالعلماء كما اشترت إلى ذلك سابقا ــ أن نتعرض لنشأة القواعد الفقهية لمعرفة الأسباب و...

1- القرافي في الفروق 1 / 61.
2- وإن كان الأصولي يفترض الفروع في ذهنه أثناء وضعه للقاعدة.

• نشأة القواعد الفقهية:

مثل أي علم، فإن القواعد الفقهية مرت بمراحل :مرحلة النشوء ...تلتها مرحلة النمو وفيها بدأ تدوينها ثم الرسوخ والتوسع.

وبالاستقراء يتبين وأنها نشأت وتكونت ابتداء في عصر النبي ﷺ، لما أوتي ﷺ من جوامع الكلم، فإن بعض النصوص الحديثية تمثل قواعد يستخرج عليها المفتي والقاضي العديد من المسائل، فقاعدة [الخراج بالضمان] وقاعدة [لا ضرر ولا ضرار] و[العجماء جرحها جبار]...كلها أحاديث نبوية وإن اختلف علماء الحديث في الحكم على أسانيدها فإنهم لم يختلفوا في اعتبارها قواعد يمكن إدراج ما لا يحصى من الجزئيات تحتها، واعتبرت من أهل الاختصاص قواعد أصلية كلية.

ثم تلى هذا العصر عصر الصحابة والتابعين الذين عملوا بمثل هذه القواعد، وأضافوا ما يشبهها في الدقة والإيجاز والإجمال والشمول من مثل: [من ضمن مالا فله ربحه] و[من أقرَّ بشيء ألزمناه إياه] و[كل قرض جر نفعا فهو ربا]...

إلى أن جاءت مرحلة النمو والتدوين، فاعتبرت القواعد الفقهية فنا مستقلا، و لم يتضح هذا إلا في القرن الرابع الهجري عندما بدأ الفقهاء في وضع أساليب جديدة للفقه نتيجة لاتساع نطاقه وكثرة مسائله، إلا أنهم لم يفرقوا بين القواعد والضوابط، وأحيانا بين القواعد والألغاز أو الحيل... إلى غير ذلك من الفنون الأخرى في الفقه، مما جعل القواعد الفقهية موزعة في كتب الحديث والتفسير والفقه (المذاهب الأربعة) وغالبا لا يعرف للقاعدة المعينة سند خاص أو مذهب من المذاهب.

وتجدر هنا الإشارة إلى أن أقدم مصنف في هذا الباب وصل إلينا هو ما ألفه الإمام أبي الحسن الكرفي 260 هـ ـ 340هـ) في الأصول التي عليها مدار كتب الحنفية ثم شرحه نجم الدين أبو حفص عمر بن أحمد النسفي (461 هـ ـ537هـ). وذكر لقواعد الكرفي شواهد وأمثلة تم شرحها أيضا عبد الله بن عمر الدبوسي الحنفي (430 هـ) في مصنف بعنوان:

تأسيس النظر ...والعزيز عبد السلام (660 هـــ) قواعد الأحكـــام في مصـــالح الأنـــامي، والفروق للقرافي (684هـــ)... والقواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي...

والملاحظ أن قصب السبق في التأليف في هذا الفن كان للحنفية ولعل مرد ذلـــك - والله أعلم - إلى أن مذهبهم الأول، ثم لاعتمادهم على تعليل الأحكام، إضافة إلى ما امتـــاز به مذهبهم من كثرة التفريعات والافتراضات، وكل ذلـــك يدعـــوا إلى وضـــع القواعـــد والضوابط.

-وتلت المرحلة السابقة مرحلة الرسوخ: فيها استقرت القواعد وتم اســـتخلاصها مـــن مختلف المصادر ــ خاصة كتب الفقه ــ وضبطت بعض صياغتها في عبارات موجزة حـــتى تساعد طلبة العلم في جمع ما يصعب جمعه وحفظ ما لا قدرة لحفظه من الفروع، في جمـــل تمكن القادر على استحضار الفروع والقياس عليها.

واستمر الحال على ذلك مع بعض التحسينات[1] التي أدخلت على القواعد إلا أن أغلبها لا يتعدى الشكل، وأحيانا تعلق بالمضمون.

وبالنظر إلى أصل القواعد الفقهية، والهدف المرجو منها، ومن دراستها فإنه يمكن القـــول: لا غنى للقاضي والمفتي عن هذا الفن لما سنبينه لاحقا.

*** المراد بالفتوى والقضاء:**

جاء في لسان العرب لابن منظور: أفتاه في المسألة إذ أجابه... والفتيا والفُتوى والفَتـــوى، ما أفتى به الفقيه. فهي إذن بيان حكم ما سأل عنه الســـائل[2] ومنـــه قولـــه عـــز وجـــل {**ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن**}[3] والمعنى يبين لكم حكم ما سألتم.

1- ولعل آخرها ما ظهر في مجلة الأحكام العدلية.
2- في هذا المعنى ينظر أدب المفتي والمستفتي لابن الصلاح ص 25.
3- سورة النساء الآية 127.

أما في اصطلاح أهل الاختصاص، فإما أن تكون جوابا لسؤال أو بيانا لحكم من الأحكام. فتكون: حكم الشرع الذي يخبر عنه المفتي بإفتائه[1] وعرفها الإمام القرافي بقوله: الفتوى أخبار عن حكم الله تعالى في إلزام أو إباحة[2].

أما الإفتاء فهو قيام المفتي بجواب المستفتي، فهو تبليغ عن الله تعالى بما شرعه من عباده من الأحكام، والمفتي مُخْبِرٌ عن الله تعالى بحكمه، متمكن من معرفة أحكام الوقائع.

- ويأتي القضاء بمعنى الحكم والقطع والتقدير والأداء...

جاء في التنزيل قوله عز وجل: {**وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه**}[3]. بمعنى أمر وحكم. وقوله تعالى: {**والذين يدعون من دونه لا يقضون بشيء**}[4] أي لا يحكمون بشيء.

واسم الفاصل من قضى: قاضٍ، وسمي بذلك لإيجاب الحكم على من يوجبه عليه.

فالقضاء إذن حكم بين متقاضيين، وفصل بين متخاصمين على وجه الالتزام لكل منها.

عرفه ابن فرحون المالكي بأنه: الأخبار عن حكم شرعي على وجه الإلزام[5] فالقضاء والإفتاء يتحدان ويفترقان..

* الفتوى أخبار بالحكم الشرعي فيما استفتي فيه المفتي، ويزيد القضاء عن ذلك بأنه إلزام بالحكم الشرعي.

* كما أن مجال الفتوى أوسع من مجال القضاء، إذ يشمل كل أفعال وأقوال المكلفين (عبادات معاملات عقود). أما القضاء فلا يدخل العبادات لهذا قال القرافي: اعلم أن العبادات كلها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتة بل الفتيا فقط، فكل ما وجد فيه من الاخبارات فهي فتيا فقط[6].

1- عبد الكريم زيدان أصول الدعوة ط الجزائر 1990 ص 166.
2- الفروق 4 / 53.
3- سورة الإسراء الآية 23.
4- سورة غافر الآية 20.
5- تبصرة الحكام 1 / 11
6- الفروق 4 / 48.

* والفتوى ملزمة للمستفتي إن كان مقلدا لمذهب مفتيه ولا تلزمه إن كان مقلدا لغـــيره، أما حكم القاضي فإنه ملزم للمتقاضي سواء كان مقلدا لمذهب قاضيه أو لا ...

تتكون الفتيا أعم من الحكم موقعا وأخص لزوما وحكم القاضي بالعكس من ذلك.

*** مكانة القاضي والمفتي من عمله بالقواعد والضوابط:**

القواعد بالمفهوم الذي سبقت الإشارة إليه، عظيمة النفع، للقـــاضي والمفـــتي إذ بقـــدر الإحاطة بها يعظم قدره ويشرف، وتتضح له الفتاوي وتنكشف له السبل، ويفاضل الفضلاء، ويكون السبق فمن خرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون الارتكاز والرجوع إلى القواعـــــد الكلية تتناقض عنده الفروع وتختلف، وتضيف نفسه باضطراب تضيق به النفس وتقنط.!

ومن كان هذا دأبه يحتاج إلى حفظ جزئيات غير متناهية ولو أفنى عمـــره في حفظـــها، بعكس من التزم القواعد واتبع المناهج والظوابط فإن الجزئيات تندرج عنـــده في كليـــالت، والمستجدات تعرض على ثوابت القواعد والسير يكون عنده وفق المناهج الأصولية المظبوطة، فلا يقف أمام مسألة أو جزئية -مستجدة- وقوف العاجز الذاهل، ولا موقف المقلد العاجز.

ومعلوم أن كلا من القاضي والمفتي تعرض عليه - على كل واحد منهما - مســـائل وإن تشابهت مع ما سبق الفصل فيه فإنها ليست دائما كذلك من جهة كما أن التشابه هذا قـــد يكون من وجه جون وجه.

وإصدار الحكم والفتوى فلا بد له من مراعاة الزمان والمكان والأحوال ومن هذا القبيـــل تتغير بتغير الزمان[1].

بل ولا يهدف قلود هذه الشريعة إلى يوم الدين إلا بذلك. به تتحقق القيمة الذاتية للفكـــر الإنساني بجعله مسؤولا عن وصل حياة الناس وواقعهم بدينهم، واعتبر الإمام القرافي هـــــذا الأمر من الإجماع الذي لا يجوز الخروج عنه حين قال: إن استمرار الأحكام التي تدركـــها تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة بالدين بل كل ما هو من الشريعة يتبع العوائد يتغـــير

1- يتظهر تفصيل ابن القيم في إعلام الموقعين

الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيع العادة المحددة[1] ويؤكد ذات المعنى في الفروق، الفرق الثامن والعشرين من فروقه ويعتبره قانون واجب الإتباع في الفتوى قال: القانون الواجب على أهل الفقه والفتوى مراعاته على طول الأيام هو ملاحظة تغبر الأعراف والعادات بتغير الأزمان والبلدان والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين.أ.هـ.

فالاشتغال بالقواعد أعظم فائدة بالاشتغال بالجزئيات. ذكر الإمام السيوطي في كتابه النفيس الأشباه والنظائر هذا بقوله: اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضارهّ، ويقدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث والوقائع التي لا تنقضي ممر الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر. أ.هـ.[2]

وضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعى بحفظها وأدعى لضبطها[3].

نعم لو لا القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعها مشتتة قد تتعارض في ظواهرها دون أصولها، والذي يتمرس فيها يطلع على كثير من أسرار الأحكام ويتعرف على مأخذها، ويتدرب على كيفية استخراج الفروع.

إضافة إلى كل ذلك فإنه لابد من العلم بما يصطلح عليه عند الفقهاء بالفروق، وهو الذي يمكن القاضي والمفتي من التمييز بين ما نشأ به من القضايا ويبرر الفروق بينهما. وبظهور الفرق بينها يفترق الحكم أو يتحد فهو علم ملازم ونابع للأشباه والنظائر، وضرب من ضروب القواعد جاء في رسالة الخليفة عمر بن أبي الخطاب إلى أبي موسى الأشعري -رضي الله عنهما- أعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند الاشتباه إلى أحبها إلى الله وأشبهها

1- تمييز الفتاوي عن الأحكام، تحقيق أستاذي عبد الفتاح أبو غدة ص 231.
- الفروق 1 / 176 و177.
2- الأشباه والنظائر ص 6.
3- الزركشي في القواعد الفقهية ص 290.

بالحق فيما ترى[1] ويرى الإمام السيوطي أن هذه النصيحة: صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها ليقاس عليها ما ليس بمنقول... إشارة إلى أن النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرك خاص به، يمكن من التمييز بين النظائر المتحدة تصويرا ومعنى المختلفة حكما وعلة[2].

ولا يفوتني هنا التنبيه إلى أن الفروق كما تكون بين الفروع تكون بين القواعد [3].

وواضح العلامة ابن خلدون أكيد الحاجة إلى الملكة الراسخة التي يقتدر بها على التنظير والتفرقة ـــ في العلم بالقواعد والفروق ـــ ثم اعتبر ذلك هو الفقه في عهده[4].

والذي يمكن قوله في الأخير: أن مكانة القاضي والمفتي تكون بقدر علمه بالقواعد الفقهية والضوابط الأصولية، ثم قدرته على التفريق بين ما تشابه وما اختلف من المسائل والأحوال والأفراد والأزمان، والقواعد أيضا.

قال ابن رجب الحنبلي في أهمية القواعد الفقهية لها: فوائد جمة تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في مسلك واحد وتقيد له الشوارد[5] فهي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاء[6] لا غنى للمفتي والقاضي عنها، بها تكون الملكة الفقهية وتجمع الفروع وتحفظ المقاصد الشرعية ويفتح مجال الارتقاء وتتحقق مسايرة الفقه لكل عصر.

نماذج لقواعد أصلية لا غنى للقاضي والمفتي عنها

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها.

هذه القاعدة من القواعد العامة في الدين الإسلامي، وذلك أنه في الإسلام توجد علاقة بين العمل ونية فاعله فتكون في العمل الواحد بالنوع إثما على البعض وجزاء للآخرين

1- أبي الفضل مسلم بن علي الدمشقي، الفروق الفقهية ص 28.
2- الأشباه والنظائر ص 7 ...بتصرف.
3- السنية لمحمد علي بن حسين 1/ 3.
4- المقدمة 321.
5- القواعد في الفقه الإسلامي ط1 1971 ص 2.
6- مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام 2 / 948.

والأصل في هذا المبدأ قوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات "[1] والمعنى أن الفقيه عليه أن يبحث في الأحكام والمقاصد لا في الذوات المجردة. ومن هذا الباب أدرجت نظرية الباحث، ونظرية الذرائع والاستحسان واعتبرت المقاصد في عملية التشريع عموما وفي الفقه الإسلامي خصوصا. **مثلا**: البيع والشراء والإجارة والهبة كلها تفيد إباحة التصرف في العين أو المنفعة إلا أنها تختلف في كل واحدة منها بحسب المقصد والنية ويترتب على ذلك أحكاما تتحد باتحاد المقصد وتختلف باختلافهما.

- لو باع أو اشترى هازلا فإنه لا يترتب على فعله ذاك حكم لقصده الهزل - إلا تأديبا له أو من باب سد الذرائع ــ فالقصد إذن شرط في إفادة الملكية.

وفي تقرير هذا المبدأ دفع لما يحصل من تحقيق أغراض غير مباشرة قد تخالف الشرع أو تجعل المكلفين في ضيق وحرج بالنظر إلى الأفعال، لهذا اعتبر تعالى النية والقصد في الثواب والجزاء أو العقاب.

من اشترى عنبا ليعصره خمرا فإن عقد البيع من جهة البائع - إن كان لا يعلم صحيح ولا شيء فيه لقصد التعامل بالمباح، أما من جهة المشتري فإن فيه إثما لقصده في استعماله خلاف الشرع وإن كان الظاهر أن العمل مجردا لا إثم فيه الذي تعرض عليه مثل هذه الأفعال ليخبر بحكم الشرع فيها عليه مراعاة القاعدة وإن تعددت البواعث فالعبرة بأقواها وألصقها بالعمل، من غير إهمال للقرائن والشواهد.

لأن المقصد من الفعل يمكن أن يكون سببا في إبطال التصرف الذي ظاهره الجواز متى قصد به غاية غير الظاهر. قال الشاطبي في الحيل: "هي تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال الحكم الشرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر[2]. أي يحل بها محرما أو يسقط بها واجبا وما

1- أنظر جامع العلوم والحكم ص 5-7 والحديث من الأحاديث التي عليها مدار الإسلام.
2- الشاطبي في الموافقات 323/2.

كان كذلك فهو مناف لقصد الشارع ولذا يقول الشاطبي: "إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات" أ.هـ[1].

ونص ابن فرحون في التبصرة[2]: على أنه يمنع بيع آلة الحرب من المسلمين للحربيين ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل بها صليب وبيع الدار لمن يعملها كنيسة والعنب لمن يعصره خمرا ثم يقول وذلك باعتبار المقاصد أ.هـ.

وبتقرير هذه القاعدة يرفع الحرج على المكلفين بحيث يرتب الحكم على العمل المعين بحسب ما ظهر من مقصد صاحبه لا بحسب أصل العمل في حد ذاته، ويبقى العام على عمومه ويخص الخاص بالقرينة. فيأخذ حكم تلك القرينة والفروق المعتبرة باعتبار واختلاف الأحوال والأزمان والبواعث وفي القواعد والظواهر أيضا.

القاعدة الثانية: المشقة تجلب التيسير

أو قاعدة: الأمر إذا ضاق اتسع.المشقة الجالبة لليسر مشروطة بعدم معارضتها للنص الصريح وعدم معارضتها للمصلحة، وإلا أصبح اليسر نفسه مشقة وحرج...!

وهو أساس هذه القاعدة، قال تعالى: {**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**}[3] وقال أيضا عز وجل: { **...وما جعل عليكم في الدين من حرج** }[4] فهي قاعدة أساسية تبنى عليها الأحكام التفصيلية قياسا أو ابتداء إلا أنه لابد من تحديد المشقة[5] فالمشقة العادية التي تستلزمها الواجبات الشرعية عادة بحيث لا يمكن انفكاكها عنها دفعها يعتبر تفريطا وإهمالا في واجبات الشارع.

1- المرجع السابق والجزء والصفحة.
2- ابن فرحون في التبصرة 147/2 بتصرف.
3- سورة آل عمران الآية 185.
4- سورة الحج الآية 78.
5- وإن كان لا يمكن ضبطها تماما لأنها من الأمور التي ترك الشارع فيها الفصل للمجتهد.

فإذا كان السفر رخصة يضر بعض الواجبات كصلاة الرباعية ركعتين وجمع الظهر مع العصر والمغرب مع العشاء في وقت واحد وإبدال صوم رمضان بصوم غيره قال تعالى: {...وإن كنتم مرضى أو على سفر فعدة من أيام أخر}[1] لأن السفر مظنة المشقة وقد لا تتوفر إلا أن أصلها وهو المظنة موجود فترلت المظنة مترلة الموجود وبقيت الرخصة على حالها، أما مجرد الشعور بالحاجة إلى الماء أو مجرد صداع في الرأس فإنه لا يبيح الفطر بل ويعد تفريطا في العبادات لأن العبادة لا تنفك عنه.

ولما كان المرض فيه تعب والتكليف مع ذلك زيادة في التعب وسببا في المعاناة فإنه لا يقام حدا على المريض إلى أن يبرأ[2] وكذا الحامل وإن كنا لا نعلم من حال الجنين شيئا.

ومن هذا القبيل أن لا يترتب على مكره حكم متى تحقق الإكراه لما هو أكثر من عقوبة - الحد المقدرة على الفعل المكره عليه فمن هدد بالقتل إن لم يشرب خمرا فلا إثم عليه إن شرب ولا يجوز للمكره عن اللواط الترول لما أكره عليه بل عليه أن يصبر ولا يمكن من نفسه لأن العقوبة الشرعية على هذا الأمر أكثر من ذلك[3].

فإن كان المكره عليه فيه حق لله فقط فإنه بالإكراه يرفع الإثم عن المكره. أما إن كان فيه حق لغيره فإن الإثم يرفع كذلك عن المكره وإنما يطالب المكره بالتعويض للعبد إضافة للإثم عند الله.

هذا وإذا علم بأن هذه القاعدة مقررة ضمن قواعد الفقه الإسلامي وأن كثير من الأحكام العملية مبناة عليها وهي عين رفع الحرج. فعلى القاضي والمفتي اعتبارهما لهذه القاعدة عند إخبارهما عن الشارع وإلا فسد حال العباد وافتريا عن الشارع.

القاعدة الثالثة: لا ضر ولا ضرار. أصل هذه القاعدة ما رواه[4] ابن ماجة والدرا قطني ومالك في الموطأ عن أبي سعيد الخذري وعبادة بن صامت.

1- سورة البقرة الآية 185.
2- غير الرجم (ما فيه ازهاق).
3- ابن قيم الجوزية في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص 53-54 بتصرف.
4- أنظر جامع العلوم والحكم ص 265 إلى 268.

ومفادها أن الضرر الخاص يتحمل لأجل رفع الضرر العام أو أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الفردية[1] والمخبر في الشارع إذا لم يعتبر هذه المعاصي تناقضت لديه الأحكام وحلت المفاسد مكان المصالح واعتبر عاجزا اعمال إستئصالية والمعلوم أن الضرر خلاف النفع، فلا يجوز فعل ما فيه ضرر وجاء بسياق النفي للجنس -في الحديث- حتى يكون أبلغ في النهي والزجر.

فلا يجوز لحال من الأحوال إلحاق الضرر بالغير من غير إذن شرعي إلا أن تكون مأذونة فيها أو من باب تقديم درء المفاسد على جلب المصالح أو من باب اعتبار عموم النفع وخصوص الضرر.

السجن مع ما هو عليه من ضيق المكان ومنع السجين من الإنس فهو ضرر إلا أنه مباح شرعا لما فيه من فائدة في ردع الظالم وأمثاله عن فعله، فمن علم أنه إن فعل كذا يسجن فإنه يكف عن الفعل.

وهناك منفعة أخرى، وذلك بعدم معاقبة الحاكم للسجين في حالة الغضب والانفعال[2] فلو عاقبه في تلك الحالة لكان العقاب أشد، فحتى يتروى المعاقب فلا يضر بالمعاقب أكثر مما يجب شرعا (السجن).

وفي الحجر متى توفرت شروطه دفعا للضرر سواء كان عاما أو خاصا ومتى علم المحجور عليه أنه ما حجر عليه إلا لأنه ليس أهل للتصرف في ماله فإنه يعمل على طلب صفقات الكمال ليكون أهلا للتصرف ويمتنع عن كل صفة شأنها أن تظهر عدم أهليته وهذا فيه ما فيه من النفع العام والخاص وضمانا لهذا النفع خاصة أشترط الإمام الشافعي في الرشد وخروج المحجور عليهم من الحجر الصلاح في الدين قال النووي: "والصغير لا ينقطع عليه حكم اليتيم بمجرد علو السن والبلوغ بل لابد أن يظهر منه الرشد في دينه وماله أ.هـ[3]

1- أشار إلى هذا المعنى علال الفاسي في مقاصد الشريعة ص 177.
2- نعني به السجن الاحتياطي في انتظار اكتمال التحقيق ليصدر في حقه - المتهم - الحكم.
3- أنظر سبل السلام 59/3.

ولما كانت الوصية من شأنها أن تحدث ضررا بالورثة قال ﷺ: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"[1] وقال ﷺ: " الحقوا الفرائض بأهلها "[2] وهناك مجموعة من القواعد الفرعية التي يمكن إدخالها تحت هذه القاعدة:

1- الضرر يزال.

2- الضرورات تقدر بقدرها، والضرورات تبيح المحضورات.

3- ما جاز لعذر بطل بزواله وإذا زال المانع عاد الممنوع.

4 - الضرر لا يزال بالضرر والضرر لا يزال بمثله.

5- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

6- يتحمل الضرر الخاص من أجل دفع الضرر العام.

7- الحاجة تترل بمترلة الضرورة.

8- الضرر لا يبطل حق الغير.

هذه القواعد في مجملها داخلة تحت قاعدة ومبدأ دفع الضرر وتحقيق مصالح الأنام، وخرجت في غالبها عن الأحكام الأصلية.

لابد لكل مبلغ عن الشارع أحكامه، قائم مقام النائب عن الرسول ﷺ في الحكم على أفعال وأقوال المكلفين أن يكون على دراية بها، وإن لا زال عنه شرف النيابة، وذهب حق الشرف وحلت معصيته اضطرارا محل طاعة الواجبة اختيارا وتبعا.

نماذج لقواعد الفرعية لا غنى للقاضي والمفتي عنها

القاعدة الأولى: الضرر يدفع بقدر الإمكان (والضرر يزال)

1- رواه أحمد والأربعة إلا النسائي ورواه الدار قطني أنظر سبل السلام 166/3.
2- ابن دقيق العيد في أحكام الأحكام 14/4 + والحديث رواه البخاري ومسلم والإمام أحمد.

أصل هذه القاعدة قاعدة لا ضرر ولا ضرار[1] وأنها تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الممكنة[2] يبني عليها:

1- مشروعية الجهاد دفعا لخطر الأعداء قال تعالى: {**وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين** }[3]. وقال عز وجل: {**وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله** }[4].

2- مشروعية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، قال عز وجل: {**كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله** }[5].

وقال ﷺ: "لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر، ولتأخذن على يد الظالم، ولتأطرنه على الحق أطرا" [6] . وقال عليه السلام "**لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو يوشك الله أن يبعث عليكم عقابا من عنده** "[7]. فدلت النصوص أنه يجب أن يتم ذلك قدر الإمكان وحسب الحاجة وفق الشروط المحدودة بالشرع، فلا يجوز إنكار المنكر باليد إذا كان ذلك ممكن باللسان... ولابد من اتخاذ كل التدابير الوقائية وكل الاحترازات اللازمة لدفع الشر.

3- مشروعية حق الشفاعة لدفع ضرر سوء الجوار المحتمل.

4- مشروعية الحجر منعا لضرر تصرفات المفلس بالمال.

1- سبق بيان أصلها.
2- أنظر المدخل الفقهي العام 975/2 وأن ذلك من باب المصالح المرسلة ومن السياسة الشرعية.
3- سورة البقرة الآية 190.
4- سورة الأنفال الآية 39.
5- سورة آل عمران الآية 110.
6- جامع الأصول 27/1 والحديث عن عبد الله بن مسعود وأنظر رياض الصالحين ص 106.
7- المرجع السابق، 332/1 والحديث عن حذيفة ابن اليمان وأصله وغيره.

القاعدة الثانية: الضرر لا يزال بمثله.

لهذه القاعدة علاقة قوية بالقاعدة السابقة لأن الضرر يزال، وإنما هذه قيدته بأنه لا يزال بضرر، فالقاعدة مثل الخاص والعام، فالضرر يزال بما هو أدنى منه ضررا، لا بما يساويه أو يزيدد عليه في الضرر[1].

ما يبنى على هذه القاعدة:

1- لا يأكل المضطر ـ الجائع ـ طعام مضطر آخر لأنه إن فعل ذلك دفع عن نفسه الضرر وجلبه لغيره.

2- لو أكره الإنسان بالقتل على قتل آخر لم يحل له ذلك لما فيه من ضرر مساو للذي يحصل عليه أو أكبر منه، بخلاف لو أكره بالقتل إن لم يشرب خمرا فعقوبة الفعل المكره عليه أقل مما أكره عليه[2].

3- لا تفرض نفقة فقير على قريبه الفقير. لأن نفقة الفقير الثاني على الأول تزيده فقرا، ولا يدفع فقر الأول بإفقار الثاني.

وشرع الإسلام إزالة الضرر ورفع الحرج إلا أنه اشترط أن لا يكون في ذلك مشقة بإلحاق الضرر بهم، أو أن يوقعوا بأنفسهم في ضرر أشد منه، وهذه المعاني لا يجوز ولا يعقل جهل القاضي والمفتي بها.

القاعدة الثالثة: إرتكاب أخف الضررين:

المراد من هذه القاعدة: إذا تعارضت مفسدتان رعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما. وبهذا المفهوم تكون هذه القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة، بحيث استثنت ما لو كان الضرران مختلفان فإنه يختار أخفهما. ويتفرع عن هذه القاعدة مسائل نذكر منها على سبيل المثال:

1- أنظر مصطفى الزرقاء في مدخل الفقه العام 977/2.
2- أرجع إلى ما كتب في آخر مبحث الإكراه ص 97 وما بعدها.

1- مشروعية القصاص وقتال البغاة وقتل قاطع الطريق.

حيث في القصاص مفسدة وهي قتل القاتل إلا أنها أخف من انتشار جريمة القتل بين الناس ولهذا قال تعالى: **{ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب}**[1]. وفي إقامة الحد مفسدة إلا أنها أقل من مفسدة انتشار الجرائم بعدم تطبيق الحدود.

وقتال البغاة أهول وأخف من تهديدهم النظام الإسلامي وإشاعة في الفوضى والفساد، والرعب بين المسلمين في بلاد الإسلام وقتل الأبرياء.

2- من عجز عن تطهر للصلاة أو ستر العورة أو استقبال الكعبة صلى كما قدر، وذلك لأن ترك هذه الشروط أخف من ترك الصلاة[2].

3- إذا احتمى جيش الكفار ببعض أسرى أو صبيان المسلمين جاز قتلهم لأن ضرر قتل بعض المسلمين أخف من ضرر ترك قتال الكفار الذي يمكنهم من التغلب على المسلمين والاستيلاء على البلاد والعباد.

4- جواز السكوت على إنكار المنكر إذا كان يترتب على الإنكار ضرر أعظم من وجود المنكر.

5- جاز شق بطن المرأة الحامل إذا ماتت وعلم أن ما في بطنها حيا، لأن بقاء الولد في بطنها أعظم ضررا من شق بطنها.

وأخيرا فإن في فعل الأخف ضررا مع وجود الأعظم منه دفعا للمشقة ودفعا للحرج. وقد يعرض للمبلغ عن المشروع ما لا يمكنه الإجابة عليه إلا بعلمه بهذه المعاني السامية.

القاعدة الرابعة:

درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، وجب تقديم دفع المفسدة على جلب المصلحة، لأن الشارع يعتني بالمنهيات أشد من إعتنائه بالمأمورات، وهو الموافق لقوله ﷺ: **"ما نهيتكم عنه**

1- سورة البقرة الآية 179.
2- عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه ص 208.

فاجتنبوه وما أمرتكم به فآتوا منه ما استطعتم"[1]وقولهﷺ: "دع مـــا يريبــك إلى مــا لا يريبك"[2].

فبين في الحديث الأول أن المنهيات يجب الابتعاد عنها كلية أما المأمورات فيطلب الإيتـاء بها حسب الاستطاعة، أما الحديث الثاني ففيه أمر بالابتعاد عن المشتبه فيــه[3] وليــس عــن المصرح بالنهي عنه فقط ويبني عن هذه القاعدة مسائل نذكر منها:

1- تحريم التجارة بالمحرمات، وإن كان في ذلك ربح للتاجر إلا أن دفع المفسدة وانتشــار المحرمات وما يترتب عليها من فساد في العاجلة وإثم في الآجلة مقدم على جلـــب المنــافع الاقتصادية.

2- جواز الكذب في مواطن يضمن فيها حصول المنفعة أعظم من المخالفة ــ الكذب ــ مع أنه منهى عليه، فمن كذب للإصلاح بين الناس أو على زوجتـــه لإصـــلاح حالهـــا أو لكسب الحرب، فإنه لا يعد كاذبا مخالفا للشرع، لأن دفع مفسدة الخصام والنثر بين النـــاس ودفع مفسدة تغلب الكفار على المسلمين في الحرب، ودفع مفسدة عدم إصـــلاح الزوجـــة أعظم من مخالفة الشرع بالكذب[4].

3- جاز لطالب العلم ترك الطلب إذا كان يتعرض سبيل طلبه العلم منكرات[5].

4- قتل الصائل والمجانين إذا صالوا على الدماء والأعراض إذا تعين دفعـــهم بـــالقتل لأن مصلحة الحفاظ على الدماء والأعراض مقدم علـــى الحفـــاظ علـــى هـــؤلاء -الصـــائل

1- رواه البخاري ومسلم أنظر جامع العلوم والحكم ص 67-77.

2- رواه النسائي والترمذي وأخرجه أيضا النسائي وابن حبان والطبراني، أنظر المرجع الســـابق ص 93-94.

3- وهو الموافق لحديث الحلال والحرام ونصه "إن الحلال بين والحرام بين وبينهما أمـــور متشـــابهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن وقع في الشبهات وقع في الحرام..." رواه البخاري ومســـلم وغيرهمـــا مـــن أصحاب السنن عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما أنظر نفس المرجع، ص 58.

4 من مفاسده أنه يقطع سبل الخير والتعاون بين الناس وأنه يجعل الأغنياء يستعبدون الفقراء، وأنه يجعل من الأغنياء يتقاسمون عن العمل ما دامت الأرباح حاصلة بدونه.

5- الشاطبي في الموافقات 210/4 بتصرف.

والمجنون-[1]. وواضح أن في هذه القاعدة أن أبعاد المشقة الحاصلة بوجود المفسدة ومراعـــــاة المصلحة لغلبتها على المفسدة وجه آخر من أوجه رفع الحرج على الناس وهذا ممـــــا يجـــب مراعاته أثناء التخريج.

1- أنظر علال الفاسي في مقاصد الشريعة ومكارمها ص 178.